

**TUTELA ANTECIPADA: A IRREVERSIBILIDADE
RECÍPROCA E A PROTEÇÃO DAS ÁREAS DE
PRESERVAÇÃO PERMANENTE**

MARCELO AZEVEDO MAFFRA

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
marcelomaffra@mpmg.mp.br

AMANDA MARIA MARTINS

Estagiária
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
amartins.estagio@mpmg.mp.br

1. Introdução

Desde que o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a autotutela privada, surgiu para o Poder Judiciário o dever de tutelar os direitos subjetivos de maneira eficaz e justa (MARINONI, 2008, p. 196).

No século XX, o intenso crescimento populacional do país, com multiplicação das relações sociais, fez aumentar exponencialmente os conflitos submetidos ao Poder Judiciário, dificultando ainda mais a tarefa de prestar a tutela jurisdicional de forma tempestiva (REIS; MOREIRA, 2011).

Sem dúvida alguma, a morosidade da Justiça é um dos elementos que mais contribui para a atual crise da jurisdição, razão pela qual Carnelutti (1985, p. 356) dizia que “o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas”.

A mesma preocupação foi externada por Vincenzo Vigoriti (1973), que falava no binômio custo-duração como o eixo em torno do qual gravitam todos os males da Justiça contemporânea.

O acesso à Justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (CF/1988), abrange não apenas o direito de requerer providências ao Poder Judiciário, mas, principalmente, o direito à prestação jurisdicional efetiva, que assegure tempestivamente a proteção ao bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão.

Já o princípio do *devido processo legal* (art. 5º, LIV, da CF/1988), em seu aspecto material, impõe a necessidade de utilização de instrumentos processuais que permitam ao magistrado prestar a tutela jurisdicional de forma eficiente, inclusive para impedir o agravamento da lesão ou até o perecimento do bem jurídico durante o curso do processo. De nada adianta a previsão abstrata de direitos à coletividade se não existirem instrumentos processuais adequados para sua reivindicação e proteção integral (CAPPELLETTI, 1988, p. 8).

Tanto é assim que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVIII, garante a todos “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Não se pode ignorar o fato de que o decurso do tempo é inevitável para a garantia plena do direito à ampla defesa e ao devido processo legal (sentido formal). Por outro lado, também não se pode olvidar que a demora é incompatível com a efetividade da jurisdição, principalmente quando o perigo de perecimento do direito exige uma providência imediata.

A solução jurídica encontrada pelo legislador pátrio foi a criação das medidas de urgência, divididas em antecipatórias e cautelares, que são instrumentos processuais importantíssimos na compatibilização entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição (ZAVASCKI, 1997, p. 68).

Para Fredie Didier Jr. (2015), a principal finalidade da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição, redistribuindo-se o ônus do tempo do processo. Nos dizeres de Ferru-

cio Tommaseo, “sacrificar o improvável pelo provável, nisso consiste a ética da jurisdição de urgência” (apud MARINONI, 2008, p. 197).

Contudo, a mera existência das tutelas de urgências no direito positivo, por si só, não é suficiente para alcançar a almejada efetividade da prestação jurisdicional. É imperioso, ainda, um aprimoramento da ciência processual a partir de uma teoria crítica, voltada para a compreensão do processo enquanto instrumento de efetivação de direitos materiais, de forma a afastar o Poder Judiciário do dogmatismo jurídico e aproximá-lo da ideia de que a jurisdição não pode permanecer inerte diante de ameaças a direitos fundamentais.

2. Tutela antecipada

O Código de Processo Civil (CPC) em vigor disciplina a antecipação dos efeitos da tutela da seguinte forma:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (BRASIL, 1973).

Nos casos em que se pretende a tutela específica por meio do cumprimento imediato de obrigações de fazer ou não fazer, aplica-se o disposto no art. 461, § 3º, do CPC, que preceitua: “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia [...]” (BRASIL, 1973).

A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que o art. 273 fixa as regras gerais das tutelas antecipadas previstas no CPC, de forma que o requisito negativo constante do § 2º – que veda a concessão da antecipação dos efeitos da tutela quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado – deve ser observado também na concessão da tutela antecipada específica prevista no art. 461, § 3º, do CPC.

A irreversibilidade mencionada no dispositivo legal não é do provimento jurisdicional, já que este, em tese, sempre poderá ser revertido por meio de recurso. Na verdade, o requisito negativo refere-se aos efeitos práticos que o provimento produz.

A impropriedade técnica foi corrigida na Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil. Vejamos:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. (BRASIL, 2015).

Nota-se que o legislador manteve praticamente inalterada a vedação de concessão da tutela de urgência de natureza antecipada quando existir perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão para o réu.

Segundo o Dicionário Houaiss da língua portuguesa (2001, p. 1653), ‘irreversível’ é aquilo que não pode ser revertido, “que se efetua numa única direção, sem possibilidade de retornar à etapa anterior”. Com efeito, a restrição expressa no diploma processual abrange as situações em que a tutela provisória do direito do autor pode ensejar uma alteração definitiva no mundo dos fatos e, no caso de improcedência dos pedidos da ação, provocar danos irreparáveis ao réu.

A controvérsia, entretanto, continuará residindo no que a doutrina denominou de “irreversibilidade recíproca”, ou “*periculum in mora* inverso”, em que a concessão da antecipação dos efeitos da tutela gera uma situação irreversível contra o réu, e, por outro lado, caso seja denegada, ensejará o perecimento do direito do autor.

Essas situações poderiam ter sido expressamente tratadas no novo CPC, que perdeu uma grande oportunidade de regulamentar a flexibilização do requisito negativo, permitindo ao magistrado ponderar os interesses envolvidos e optar pela proteção do mais relevante.

O objetivo do presente trabalho é buscar uma solução jurídica para os casos em que a antecipação dos efeitos da tutela visa salvaguardar um direito fundamental que se encontra nitidamente ameaçado, mas que implicará a adoção de medidas peremptórias, com efeitos práticos irreversíveis para o réu. De forma mais específica, pretende-se aqui conferir ao art. 300, § 3º, do novo CPC uma interpretação conforme a Constituição Federal, que garanta efetividade à proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3. A tutela efetiva dos direitos fundamentais e a relativização da irreversibilidade

Na clássica lição de J. J. Gomes Canotilho (1999, p. 1194) sobre a colisão dos direitos fundamentais, as regras do direito constitucional de conflitos devem construir-se baseadas na harmonização de direitos, havendo prevalência de um sobre o outro, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto.

Candido Rangel Dinamarco (2001, p. 65) ressalta a necessidade da coexistência entre o princípio da probabilidade e o da proporcionalidade, de modo a permitir-se o sacrifício do bem menos valioso em prol do mais valioso.

O exemplo usual trazido pelos catedráticos para ilustrar o conflito de direitos fundamentais é a transfusão de sangue em crianças que correm risco de morte e cujos pais são Testemunhas de Jeová, os quais não autorizam a realização do procedimento médico. Nestes casos, na ação em que se pleiteia o suprimento da anuência dos responsáveis legais, a antecipação dos efeitos da tutela é medida de natureza irreversível, mas que, sem dúvida, deve ser concedida para evitar o perecimento do mais importante dos direitos: a vida.

Cabe ao magistrado, neste tipo de julgamento, avaliar a relevância dos direitos fundamentais em colisão e optar pela proteção do mais relevante, ainda que a tutela de urgência traga efeitos irreversíveis para a outra parte.

Esse entendimento também é defendido por Dinamarco:

Todo o sistema de medidas urgentes apóia-se na conveniência de distribuir riscos. Por isso, em casos extremos e particularmente graves os juízes antecipam a tutela jurisdicional apesar da situação de irreversibilidade que possam criar, por que a negativa poderia permitir a consumação de situações irremediáveis a dano do autor. Essa flexibilização se legitima tanto mais, quanto mais elevados forem os valores a reservar e portanto mais graves forem os riscos a que estiver exposto o demandante (DINAMARCO, 2001, p. 66).

Daniel Amorim Assumpção Neves ressalta que a irreversibilidade deve ser cuidadosamente avaliada no caso concreto, ponderando-se os interesses envolvidos, de forma a impedir que a norma restritiva implique no perecimento de um direito fundamental cabalmente demonstrado pelo autor:

Mesmo quando a tutela antecipada é faticamente irreversível, o juiz poderá excepcionalmente concedê-la, lembrando a doutrina que um direito indisponível do autor não pode ser sacrificado pela vedação legal. Nesse caso, valoram-se os interesses em jogo, e, sendo evidenciado o direito à tutela antecipada, é indevida a vedação legal à sua concessão (NEVES, 2012, p. 1182).

Na mesma esteira, Teori Albino Zavascki leciona que:

[...] a vedação inscrita no [...] § 2º deve ser relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela. Com efeito, em determinadas circunstâncias, a reversibilidade corre algum risco, notadamente quanto à reposição *in natura* da situação fática anterior. Mesmo nestas hipóteses, é viável o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos decorrentes da sua não fruição imediata. Privilegia-se, em tal situação, o direito provável em relação ao improvável (ZAVASCKI, 1997, p. 97).

José Roberto dos Santos Bedaque comunga do mesmo entendimento:

O requisito negativo da irreversibilidade pode revelar-se inexistente no caso concreto, pois seria ilegítimo negar-se o Estado a tutelar direito verossímil se presente o risco de seu perecimento. Isso porque, se não houver a antecipação, o reconhecimento da existência desse direito passa a ter relevância puramente teórica, uma vez já verificada sua destruição.

Configurada situação assim imaginada, haverá necessidade de concessão de tutela antecipada, ainda que irreversíveis os efeitos causados. Nesses casos excepcionais, deve o magistrado pautar-se com extremo cuidado, ponderando os valores em conflitos (BEDAQUE, 2004, p. 800).

Sob a égide do Estado Democrático de Direito é inadmissível qualquer vedação indiscriminada à concessão de decisões *inaudita altera pars*, limitando o acesso ao Poder Judiciário e comprometendo a efetividade dos direitos fundamentais. Eventuais restrições contidas na legislação devem sempre ser interpretadas à luz da Constituição Federal, não podendo ser consideradas como obstáculos intransponíveis à concessão do provimento de urgência.

Com efeito, uma interpretação literal do art. 300, § 3º, do novo CPC, no sentido de que a norma proíbe de modo absoluto a concessão de tutela antecipada em qualquer caso que houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado, conduziria à inconstitucionalidade do dispositivo, por afronta aos princípios constitucionais da adequada tutela jurisdicional e do acesso à ordem jurídica justa.

Nesse sentido, vale a pena transcrever trecho do voto do Ministro do STF Celso de Melo, proferido em 05/04/1990, no julgamento da ADI nº 223/DF, *in verbis*:

A proteção jurisdicional imediata, dispensável a situações jurídicas expostas a lesão atual ou potencial, não pode ser inviabilizada por ato normativo de caráter infraconstitucional que, vedando o exercício liminar da tutela jurisdicional cautelar pelo Estado, enseje a aniquilação do próprio direito material. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional representa, pelo seu caráter global e abrangente, instrumento de defesa do direito à ação de conhecimento, do direito à ação de execução e do direito à ação cautelar. Particularizar qualquer dessas situações e, em consequência, excluí-la da tutela constitucional, significaria, em última análise, repudiar conquista de inegável valor político-jurídico. (BRASIL, 1990).

De acordo com a melhor doutrina e a mais abalizada jurisprudência, podemos dizer que a vedação contida no art. 300, § 3º, do novo CPC, por se tratar de norma de exceção, deve ser interpretada com extrema cautela, incidindo apenas nos casos em que o indeferimento da tutela não importe na ineficácia do provimento jurisdicional final. Se assim não fosse, a tutela antecipada certamente não cumpriria sua importante missão.

Sobre o tema, oportuna é a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

Afirma o § 2º do art. 273, CPC, que *‘não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado’*. Ao que tudo indica, o legislador disse mais do que deveria, já que há casos, conhecidos por todos, em que, se não for concedida a tutela antecipatória para não se correr o risco de se lesar o direito do réu, certamente o direito do autor será lesado. Não admitir a tutela antecipatória apenas porque o direito do réu pode ser lesado é um grande equívoco de lógica, pois aquele pede a tutela antecipatória fundada no art. 273, I, CPC, deve demonstrar que o seu direito é provável e que há fundado receio de dano. Desse modo, se a tutela antecipatória não for concedida quando presentes esses dois pressupostos, estará sendo admitido um dano ao direito, que é provável, apenas para que o direito do réu, que é improvável, não seja exposto à irreversibilidade, o que é fora de propósito (MARINONI; MITIDIERO; 2011, p. 274).

O Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento de que a irreversibilidade prevista no art. 273, § 2º, do CPC em vigor não pode, de forma absoluta, obstar a concessão da antecipação de tutela:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 e 356 do STF. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 2º, DO CPC. [...] O possível risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento da antecipação da tutela contida no art. 273, § 2º, do CPC não pode ser interpretado ao extremo, sob pena de tornar inviável o direito do reivindicante. 3. Agravo regimental que se nega provimento. (BRASIL, 2005, p. 247).

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TRATAMENTO MÉDICO. ATROPELAMENTO. IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO. A regra do § 2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado. Recurso não conhecido. (BRASIL, 2002).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TUTELA ANTECIPATÓRIA. DIREITOS PATRIMONIAIS. CONCESSÃO: POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 2º, DO CPC. (BRASIL, 2011, p. 274).

GÊNCIA DO ART. 273 DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO. [...] A exigência da irreversibilidade insere no parágrafo 2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina. III - Recurso Especial não conhecido. (BRASIL, 1997).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INTELIGÊNCIA DO ART. 273, §2º, DO CPC. PRECEDENTES. O perigo de irreversibilidade do provimento adiantado, óbice legal à concessão da antecipação da tutela, nos termos do Artigo 273, §2º, do CPC, deve ser interpretado *cum grano salis*, sob pena de se violar o instituto. Irreversibilidade é um conceito relativo, que deve ser apreciado *ad hoc* e de forma contextual, levando em conta, dentre outros fatores, o valor atribuído pelo ordenamento constitucional e legal aos bens jurídicos em confronto e também o caráter irreversível, já não do que o juiz dá, mas do que se deixa de dar, ou seja, a irreversibilidade da ofensa que se pretende evitar ou mesmo da ausência de intervenção judicial de amparo. Agravo Regimental não provido. (BRASIL, 2007, p. 208).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. TUTELA IRREVERSÍVEL ANTECIPADA. EXCEÇÃO. DIREITO DE RECOMPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO. NATUREZA DO BEM JURÍDICO TUTELADO. PROIBIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. [...] De modo geral, constatado o perigo da irreversibilidade da tutela, ela não será concedida (art. 273, § 3º, do CPC). 4. Em casos excepcionais e devidamente justificados, pode o Judiciário deferir a medida de urgência, independentemente de sua reversibilidade. Precedentes do STJ. (BRASIL, 2010).

Pelo exposto, podemos concluir até aqui que a doutrina e a jurisprudência são amplamente favoráveis à relativização da irreversibilidade para proteger, de forma efetiva, direitos fundamentais que estão sendo ameaçados.

4. Da tutela de urgência para a efetiva proteção das Áreas de Preservação Permanente

A ordem constitucional atual não se contenta em assegurar apenas o direito individual à vida (art. 5º, *caput*), mas também o direito à sadia qualidade de vida, incluindo o meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito fundamental de terceira dimensão.

O STF, no julgamento da ADI 3540MC/DF, que teve como Relator o Ministro Celso de Melo, reconheceu o meio ambiente equilibrado como direito fundamental:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. [...] Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural [...]. (BRASIL, 2006)

A responsabilidade das atuais gerações para com o bem-estar das seguintes foi muito bem ressaltada por Édís Milaré, *in verbis*:

De acordo com o senso comum, a sociedade humana não se limita às nossas pessoas (gerações presentes) nem termina em nossos dias; é previsível e desejável que ela se perpetue, oxalá, em melhores condições (gerações futuras). Somos responsáveis pela propagação da espécie, não somente do ponto de vista biológico, mas, ainda, de vários pontos de vista (histórico, cultural, econômico etc.). Incumbe, pois, à sociedade construir, mais do que o seu mundo atual, o mundo do amanhã. Por isso, quando se estabelece o princípio de que ‘todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado’, esse equilíbrio ecológico traz no bojo as condições indispensáveis ao planeta Terra e as condições favoráveis para as gerações futuras. Mais uma vez a gramática nos socorre: tomemos a expressão usufruir correta-

mente dos recursos ambientais: o verbo usufruir traduz um direito, o advérbio corretamente conota um dever: direito e dever são fatores recíprocos e complementares. (MILARÉ. 2005, p. 58).

Corolário do princípio do desenvolvimento sustentável, o dever de preservação das Áreas de Preservação Permanente (APPs) está expressamente previsto no art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal, que também proíbe qualquer tipo de utilização que comprometa a integridade dos atributos desses espaços territorialmente protegidos.

O art. 3º, II, da Lei nº 12.651/12, define Área de Preservação Permanente como a

[...] área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. (BRASIL, 2012).

O dispositivo legal traz uma limitação administrativa ao direito de propriedade, em razão da relevância ambiental que essas áreas têm na proteção de elementos geomorfológicos essenciais.

As áreas consideradas de preservação permanente estão taxativamente elencadas no ordenamento jurídico, tais como as faixas marginais dos cursos d'água, o entorno de nascentes e reservatórios artificiais, além das encostas, topos de morro e bordas dos tabuleiros ou chapadas.

A atuação incisiva do Ministério Público, por meio do ajuizamento de Ações Cíveis Públicas com pedidos de tutelas de urgência, tem se mostrado um dos mais efetivos instrumentos no combate às inúmeras intervenções irregulares em APPs, bem como na recuperação dos danos ambientais decorrentes dessas intervenções.

Nos casos que são objeto dessas Ações Cíveis Públicas, quase sempre está presente o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, tendo em vista que os danos ambientais causados pelas edificações

clandestinas são de difícil ou impossível reparação. Logo, a atuação do Poder Judiciário deve ser rápida, para evitar o incremento dos prejuízos, bem como para desestimular novas construções na faixa *non aedificandi*.

Até porque, não se pode admitir o agravamento dos danos ambientais de forma a prejudicar a qualidade de vida das futuras gerações, que também são titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, nestes casos, decorre também do *princípio da prevenção*, que abrange não apenas a necessidade de impedir a ocorrência dos danos ao meio ambiente, mas também o dever de obstaculizar o agravamento dos danos já praticados e de evitar a repetição de ilícitos.

Em decisão magistral, o Desembargador Renato Nalini, do Tribunal de Justiça de São Paulo, examinou com precisão a questão:

É importante enfatizar que a degradação do ambiente mata a natureza, ainda que em doses homeopáticas. É a mesma figura da injustiça de Piero Calamandrei: pequenas injustiças, por serem agressões menores a esse valor perene, não deixam de sacrificar o ideal do justo.

O que é aparentemente inócuo – a construção de um ranchinho à beira do rio – adquire relevância na sucessão de outras edificações. Cada qual a ensinar a devastação da mata ciliar. Cada qual a exigir um esgoto clandestino, arremessado *in natura* ao rio. Aquilo que era fonte de vida, passa a ser canal transmissor de enfermidades e de morte. Se a educação ambiental foi insuficiente para refrear o uso insensato da natureza, só a sanção da Justiça é que fará com que as pessoas jejunas em proteção ambiental, aparentemente ingênuas, deixem de ser as saúvas demolidoras da biodiversidade. Aos poucos, aos aparentemente inócuos ataques, a devastação se amplia. A demolição do rancho, a regeneração da área devastada, constituem solução natural para o ambiente malferido. Mais do que isso, deve servir de exemplo para os demais ocupantes das margens do Piracicaba, igualmente obrigados a tais providências saneadoras. (SÃO PAULO, 2006).

Ocorre que, não raramente, em diversas ações em que se pleiteia a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a demolição de construções em APPs, surge a discussão sobre a incidência do requisito negativo previsto no art. 273, § 2º, do CPC, aplicável subsidiariamente às Ações Cíveis Públicas, por força do art. 19 da Lei nº 7.347/1985.

Nestas situações, somos partidários da tese de que, quando a pretensão deduzida em juízo visar impedir a ocorrência ou o agravamento de danos ambientais, a restrição contida no diploma processual civil deve ser lida sob a ótica do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, garantindo a prevalência da proteção ao bem difuso em detrimento do inverossímil direito patrimonial do réu.

Marcelo Buzaglo Dantas comunga do mesmo entendimento:

Dúvidas poderiam exsurgir acerca da questão da chamada irreversibilidade do provimento, que, nos termos do § 2º do art. 273 do CPC, impediria o deferimento da medida. Em matéria de proteção ambiental, em inúmeros casos, o reconhecimento de que a medida seria irreversível poderia gerar um verdadeiro obstáculo à efetiva prevenção do dano ou à paralisação da conduta lesiva, se esta já teve início (DANTAS, 2009, p. 196).

Ora, não se pode admitir que uma construção em local proibido, que extrapola os limites do direito constitucional à moradia, possa ser, ainda que provisoriamente, admitida pelo Poder Judiciário, em flagrante afronta à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Até porque o direito à moradia deve ser exercido em conformidade com a função social da propriedade, seja ela urbana (art. 182, § 2º, da CF/1988) ou rural (art. 186 da CF/1988), incluindo nessa função a obediência às normas de proteção ao meio ambiente.

Dito de outra forma, para garantir a preservação do meio ambiente, conforme determina o art. 225 da Constituição, a irreversibilidade não pode servir de escudo protetor às atividades nocivas à sociedade, premiando o réu titular de um direito improvável, em prejuízo da tutela emergencial de um direito fundamental difuso de caráter intergeracional, que está em perigo.

Não custa lembrar que eventual indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela implicaria, reversamente, a chancela “liminar” do Estado às intervenções irregulares promovidas pelo requerido, permitindo a continuidade gratuita da atividade contrária ao ordenamento jurídico.

Na jurisprudência pátria, podemos encontrar diversos casos em que os Tribunais de Justiça entenderam ser perfeitamente possível a antecipação da tutela para evitar o agravamento de danos às APPs, ainda que os efeitos do provimento fossem irreversíveis para o demandado. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RECUPERAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DANO AMBIENTAL COMPROVADO. PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO. 1 - É cabível antecipação dos efeitos da tutela desde que presentes os requisitos previstos no art. 273, do código de processo civil. 2 - Mesmo que presente o perigo da irreversibilidade do provimento é possível o deferimento da tutela antecipada se a alegação é verossímil e há receio de dano irreparável. 3. Dano ambiental comprovado em área de preservação permanente, possibilidade de dano irreparável. 4- Recurso provido. (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2009).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação demolitória. Tutela antecipada para determinar a desocupação e demolição de imóveis construídos irregularmente em área de preservação permanente. Presença dos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil. Intervenção não autorizada pelo órgão ambiental competente. Receio de dano irreparável ou de difícil reparação quando se lida com controvérsia de natureza ambiental a envolver, na espécie, possível lesão em espaço territorial especialmente protegido. Decisão mantida. Recurso Desprovido. (SÃO PAULO, 2013).

Vale a pena frisar que a superação da vedação contida no art. 273, § 2º, do CPC atual e repetida no art. 300, § 3º, do novo CPC decorre da necessidade de propiciar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não é razoável a aplicação literal da norma, sem ponderar os interesses jurídicos em jogo, devendo o Poder Judiciário tutelar o que lhe parece mais verossímil.

No caso concreto, o magistrado deve ponderar entre a tutela imediata do improvável direito à moradia exercido de maneira irregular e abusiva, com a construção em faixa *non aedificandi*, e o verossímil direito difuso intergeracional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que estava sendo indevidamente lesado.

A partir de um juízo de ponderação dos interesses envolvidos, chega-se à inevitável conclusão de que o direito individual improvável possui menor relevância quando comparado aos direitos difusos, que sofrem risco de lesão com a não antecipação dos efeitos da pretensão. Até porque eventual dano individual patrimonial causado ao particular será sempre em grau menor do que os prejuízos causados pelos danos ambientais.

5. Conclusões

O acesso à Justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, abrange o direito à prestação jurisdicional efetiva, que assegure tempestivamente a proteção ao bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão; já o devido processo legal, em seu aspecto material, impõe a necessidade de utilização de instrumentos processuais que permitam ao magistrado prestar a tutela jurisdicional de forma eficiente, inclusive para impedir o agravamento da lesão ou até o perecimento do bem jurídico durante o curso do processo.

O art. 300, § 3º, do novo CPC praticamente repetiu o texto do art. 273, § 2º, da versão anterior do CPC, que proíbe a concessão da antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

A interpretação literal do art. 300, § 3º, do novo CPC, no sentido de que a norma proíbe de modo absoluto a concessão de tutela antecipada em qualquer caso em que houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado, conduz à inconstitucionalidade do dispositivo, por afronta aos princípios da adequada tutela jurisdicional e do acesso à ordem jurídica justa.

Nos casos em que a antecipação dos efeitos da tutela visa salvaguardar um direito fundamental que se encontra nitidamente ameaçado, mas

que implicará a adoção de medidas peremptórias, com efeitos práticos irreversíveis para o réu, o magistrado deve conferir ao art. 300, § 3º, do novo CPC uma interpretação conforme a Constituição Federal, que garanta a efetividade na proteção ao direito fundamental.

Nas Ações Civis Públicas em que se pleiteia a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a demolição de construções irregulares em APPs, a restrição contida no diploma processual civil deve ser lida também sob a ótica do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, garantindo a prevalência da proteção ao meio ambiente em detrimento do inverossímil direito patrimonial do réu.

6. Referências

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. *Lei nº 5.869/1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado, 1973.

BRASIL. *Lei nº 13.105/2015*. Institui o Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AI n. 502.173/RJ, Segunda Turma, Rel.: Min. João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 2 de agosto de 2005. *DJ*, 28 set. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 417005/SP, Quarta Turma, Rel.: Min. Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, DF, 25 de novembro de 2002. *DJ*, 19 dez. 2002

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 144656/ES, Segunda Turma, Rel.: Min. Adhemar Maciel, Brasília, DF, 6 de outubro de 1997. *DJ*, 27 out. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag n. 736.826/RJ, Segunda Turma, Rel.: Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. *DJ*, 28 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.078.011/SC, Segunda Turma, Rel.: Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 2 de setembro de 2010. *DJe*, 24 set. 2010. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 12 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3540MC/DF, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 1º de setembro de 2005. *DJ*, 3 fev. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 223/DF, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 5 de abril de 1990. *DJ*, 29 jun. 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Portugal: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, n. 234. Nápoli: Morano Editore, 1985.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 02. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n. 352394, Quarta Turma Cível, Rel.: Des. Hector Valverde Santana, Brasília, DF, 15 de abril de 2009. *DJ*, 4 maio 2009.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2012.

REIS, Sérgio Cabral dos; MOREIRA, Hussei Laone Baggioto. Tutela processual dos direitos: a superação da irreversibilidade fática dos efeitos da tutela antecipada. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10668&revista_caderno=25>. Acesso em: 20 maio 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. .Apelação Cível n. 372.761.5/0-00, Seção de Direito Público, Câmara Especial do Meio Ambiente, Rel.: Des. José Renato Nalini, São Paulo, 20 de abril de 2006. *DJ*, 27 abr. 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento: 0074069-52.2013.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel.: Des. Paulo Alcides Amaral Salles, São Paulo, 19 de setembro de 2013. *DJ*, 20 set. 2013.

VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1973.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150009